Der Umfang der Rechtskraft bei Entscheidungen über Herausgabeansprüche auf Grund früheren Besitzes.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Constantin Larisch

Referendar.

Schweidnitz

C. Boy (H. Reisse)

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0064

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

1. § 1. Umfang der Rechtskraft im römischen Recht im allgemeinen. Untersuchung der Quellenstellen 5
2. Rechtskraft bei der actio Publiciana.
   a. § 2. Wesen der actio Publiciana 9
   b. § 3. Rechtskraft bei Unterliegen des Beklagten 11
   c. § 4. Rechtskraft bei Abweisung des Klägers 14

Zweiter Abschnitt.

Deutsches Recht.

1. § 5. Wesen des Urteils im deutschen Recht 15
2. § 6. Die Gewere und ihre Wirkungen 16
3. § 7. Die Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere 18

Dritter Abschnitt.

Das deutsche Recht nach der Rezeption.

1. Usus modernus.
   a. § 8. Die Entwendungsklage 22
   b. § 9. Possessorium ordinarium und die actio spolii 24
2. § 10. Die Partikularrechte, insbesondere das allgemeine Landrecht . . 25

Vierter Abschnitt.

Das geltende Recht.

1. § 11. Rechtskraft bei der Klage aus § 985 B. G. B. 27
2. Rechtskraft bei der Klage aus § 1007 B. G. B.
   a. § 12. Wesen der Klage aus § 1007 B. G. B. 31
   b. § 13. Rechtskraft bei Unterliegen des Beklagten 34
   c. § 14. Rechtskraft bei Abweisung des Klägers 35

Schluss 36

Literatur-Verzeichnis.

Bähr, Zur Besitzlehre, in Jherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 238ff.

Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht.

Biermann, Sachenrecht 2. Aufl.

Brinz, Zum Recht der bonae fidei possessio.

Bruns, Das Recht des Besitzes.

Buchka, Die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B. G. B.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Delbrück, Der Schutz des Eigentums und des Besitzes nach älterem deutschen Recht, in der Ztschrft. für das deutsche Recht Bd. XIV S. 244ff.

Dernburg, Pandecten, 7. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 3. Aufl.

Dernburg, Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preussens, 4. Aufl.

Eisele, Der Anspruch des gutgläubigen Besitzers etc., im Arch. f. d. zivil. Praxis Bd. 67 S. 41ff.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 33 S. 4ff.

Fischer, Recht und Rechtsschutz.

Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft, in Jher-Jhb. Bd. 40 S. 159ff.

Fitting, Wesen des Titels bei der Ersitzung, im Archiv f. d. zivil. Pr. Bd. 54 S. 248ff.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 6. Aufl.

Förtsch, Der Code civil und das B. G. B.

Gaupp-Stein, Zivilprozessordnung, 8. und 9. Aufl.

Gierke, Deutsches Privatrecht.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B. G. B.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts.

Hölder, Ueber Ansprüche und Einrede, im Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 93 S. 23ff.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B.

Hölder, Anspruch und Klagerecht, in der Ztschrft. für deutschen Zivilprozess Bd. 29 S. 56ff.

Hölder, Zur Lehre vom Klagrecht, in Jherings Jahrbüchern Bd. 51 S. 398ff.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht.

Huschke, Das Recht der Publizianischen Klage.

Keller, Ueber Litiskontestation und Urteil.

Kleinschrod, Prozessualische Konsumption und die Rechtskraft des Zivilurteils.

Kley, Das Wesen des redlichen Besitzes nach römischem und preussischem Recht. Götting. Diss. 1891.

Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Urteile.

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters.

Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2.

Leske, Bürgerliches Gesetzbuch und preussisches A. L. R.

Meyer Herbert, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht.

Meyer Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht.

Pernice, Labeo, römisches Privatrecht im 1. Jhrhd. der Kaiserzeit, 2. Aufl.

Pfeiffer, Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urteile, im Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 37n. 4 und 10.

Planck, Kommentar zum B. G. B., 3. Aufl.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 6.

Seuffert, Kommentar zur Z. P. O., 10. Aufl.

Staudinger, Kommentar zum B G. B., 3 4. Aufl.

Sydow-Busch, Z. P. O, 10 Aufl.

Tobler, Gegenstand und Umfang der Rechtskraft in objektiver Beziehung, Berl. Diss. 1892.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Aufl., 2. Bd.

Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht, Bd. 31 S. 641ff.

Wellspacher, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Recht.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.

Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts.

Einleitung.

Man unterscheidet formelle und materielle Rechtskraft eines Urteils. Formelle Rechtskraft bedeutet die relative Unabänderlichkeit des Urteils, die eintritt, sobald dieses durch Rechtsmittel oder Einspruch nicht oder nicht mehr angefochten werden kann. Materielle Rechtskraft hingegen bezeichnet die Wirkung eines formell rechtskräftigen Urteils in einem neuen Prozesse, in dem dieselbe Streitfrage zwischen denselben Parteien zu entscheiden ist. Mit der materiellen Rechtskraft allein haben wir es hier zu tun.

Im älteren römischen Recht äusserte sich diese darin, dass ein einmal geltend gemachter Anspruch nicht von neuem angebracht werden durfte; das Vorhandensein des Urteils war das Entscheidende. Der neuen Geltendmachung stand die res iudicata entgegen.

Im Laufe der Entwicklung genügte diese von Keller sogenannte negative Funktion der exceptio rei iudicatae nicht mehr, daher erscheint allmählich eine zweite Funktion, von Keller positive genannt. Die res iudicata stützt sich nicht auf das blosse Dasein des früheren Urteils, sondern auf seinen Inhalt.[1]

Die negative Funktion ist höchst wahrscheinlich bereits im Justinianeischen Recht fortgefallen und hat, wie es kaum zweifelhaft ist, im gemeinen und heutigen Recht keine Bedeutung mehr. Vielmehr ist nur noch die positive Funktion geblieben.[2]

Was durch Urteil entschieden ist, ist für einen neuen Prozess zwischen denselben Parteien massgebend. Ein rechtskräftig aberkannter Anspruch kann nicht mehr mit Erfolg

---

[1] Windscheid, Paud. S. 661, Keller S. 222.

[2] Windscheid, Paud. 664/5.

geltend gemacht, ein rechtskräftig anerkannter nicht mehr mit Erfolg bestritten werden. Am schärfsten tritt die Bedeutung und Wirkung der Rechtskraft hervor, wenn das rechtskräftige Urteil aus irgend einem Grunde unrichtig war.[1] In diesem Falle tritt an Stelle des bisherigen Rechtszustandes das in dem Urteil für Recht Erkannte. Trotzdem bildet das Urteil auch nicht in einem solchen Falle vermöge seiner Rechtskraft einen privatrechtlichen Entstehungs- oder Endigungsgrund des abgeurteilten Anspruchs, vielmehr verbietet es lediglich das öffentliche Interesse, dass die Richtigkeit einer rechtskräftigen Entscheidung noch einmal in Frage gestellt und der Streitstoff nochmals aufgewühlt wird.[2]

Damit die Wirkung der Rechstkraft in die Erscheinung tritt, ist subjektive und objektive Identität erforderlich. Subjektive Identität liegt vor, wenn in dem neuen Rechtsstreite dieselben Parteien wie in dem ersten oder deren Rechtsnachfolger sich gegenüberstehen. Objektive Identität ist gegeben, wenn eadem quaestio in Frage steht: es muss sich in dem zweiten Prozesse um dieselbe Rechtsfrage handeln wie in dem ersten. Eadem quaestio liegt nicht mehr vor, wenn nach Eintritt der Rechtskraft eine Veränderung der Rechtslage erfolgt ist.

Ueber den Umfang dessen, was durch das Urteil rechtskräftig festgestellt wird, herrschte früher grosser Streit. Die Z. P. O. bringt im § 322 eine gesetzliche Regelung des Umfanges der Rechtskraft. Dadurch ist der Streit wohl eingeschränkt, aber nicht vollständig beigelegt worden. Insbesondere bei den auf dingliche Rechte gegründeten Ansprüchen gehen die Meinungen über den Umfang der Rechtskraft auseinander.

Im folgenden soll erörtert werden, was bei der auf § 1007 B. G. B. gestützten Klage aus dem früheren Besitz in Rechtskraft übergeht. Dabei muss auch die geschichtliche Entwicklung berücksichtigt werden, da wir dadurch allein

---

[1] Fischer, Jher-Jhrb. 40 S. 157.

[2] Kuttner S. 6.

ein Bild von der Klage und von dem, was durch sie rechtskräftig festgestellt wird, gewinnen können.

Die Klage aus § 1007 B. G. B. ersetzt die actio Publiciana des römischen und gemeinen Rechts. Sie stellt sich aber keineswegs als eine Fortbildung dieser dar. Nicht im römischen, sondern im deutschen Recht hat sie ihre Wurzeln. Trotzdem soll auch das römische Recht der Erörterung unterzogen werden, weil der Zweck der Publiciana und der Klage aus § 1007 B. G. B. derselbe ist: der Schutz des relativ besseren Rechts.

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

1 § 1. Umfang der Rechtskraft im römischen Recht im allgemeinen. Untersuchung der Quellenstellen.

Um festzustellen, wieweit die Rechtskraft eines Urteils aus der actio Publiciana reicht, ist es nötig, zunächst einmal im allgemeinen den Umfang zu begrenzen, den die Rechtskraft nach römischem Recht hatte.

Savigny[1] legte ihn folgendermassen fest: An der Rechtskraft des Urteils nimmt nicht nur die Entscheidung des Richters über den eigentlichen Streitgegenstand, sondern auch diejenige über die sogenannten „Urteilselemente" teil. Darunter versteht er „alle vom Richter bejahten oder verneinten Rechtsverhältnisse, von denen der rein praktische Teil des Urteils — die dem Beklagten auferlegte Handlung oder die Abweisung des Klägers — abhängig ist."[2] Savigny redet hier zwar nur von Rechtsverhältnissen, aus späteren Stellen, insbesondere aus dem Beispiel, in welchem er die Entscheidung darüber, ob ein Diebstahl vorliege, rechtskräftig werden lässt,[3] geht hervor, dass er auch „vom Richter bejahte oder verneinte Tatsachen" zu den Urteilselementen rechnet. Hingegen zählt er nicht dazu die subjektiven Gründe, die den Richter persönlich beeinflusst haben, diese oder jene Entscheidung zu treffen.[4]

Savigny beruft sich für seine Ansicht auf l 9 pr., l 17, l 18 D 44, 2. In allen drei Stellen handelt es sich darum, dass jemand mit der Eigentumsklage (bezw. hereditatis petitio

[1] Savigny, Syst. Bd. 6 S. 358.
[2] Ebenda S. 362
[3] Ebenda S. 452.
[4] Ebenda S. 361.

und actio ad exhibendum) deshalb abgewiesen wird, weil der Gegner die eingeklagte Sache nicht im Besitz hatte. Falls er nun später diesen erlange und daraufhin der abgewiesene Kläger noch einmal dieselbe Klage anstelle, könne ihm nicht — so ist in den angegebenen Stellen ausgeführt — die res iudicata entgegengehalten werden. Savigny argumentiert nun so[1]: dass der zweiten Klage die res iudicata nicht entgegenstehe, ergebe sich nur aus den Gründen des ersten Urteils. Da diese also auch herangezogen würden, sei ersichtlich, dass sie an der Rechtskraft teilnähmen. Dieser Schluss ist nun aber nicht richtig. Allerdings muss auf die Gründe zurückgegangen werden, aber nur, um festzustellen, wann eadem quaestio vorliegt. Ob sie auch rechtskräftig werden, ist eine Frage für sich, die hier gar nicht erledigt ist.

Weiter führt Savigny als Beweis für die Rechtskraft der Gründe die Eigentumsklage per sponsionem an[2]. Bei dieser werde eine eigentliche Entscheidung nur über die Sponsionssumme abgegeben; dadurch werde aber auch rechtskräftig über das Eigentum entschieden, obwohl dieses nur als Entscheidungsgrund in Betracht gekommen sei. Dies ist allerdings richtig. Es ist aber zu erklären aus der besonderen Natur der actio per sponsionem, bei der über die Wettsumme eine Entscheidung getroffen wurde lediglich zu dem Zweck, um eine solche über das zu Grunde liegende Recht herbeizuführen.

Ebensowenig kann l 7 § 4, § 5 D 44, 2 für Savignys Ansicht verwandt werden. Selbst Windscheid, der auch die Urteilselemente an der Rechtskraft teilnehmen lassen will, lehnt diese Stelle als Beweis für seinen Standpunkt ab. Savigny sieht in der Stelle den Grund für die Abweisung der Klage darin, dass der mit ihr geltend gemachte Anspruch in dem ersten Prozesse als Voraussetzung eines anderen Anspruchs abgewiesen worden sei[3]. Hiergegen legt Windscheid dar, dass es sich in beiden Klagen um denselben

[1] Savigny S. 367.
[2] Savigny S. 369.
[3] Savigny S. 393 und 431ff.

Anspruch handle, nur gehe er das eine Mal auf einen Teil, das andere Mal auf das Ganze[1].

Windscheid führt aber einige andere Stellen zur Begründung seiner und Savignys Ansicht von der Rechtskraft der Urteilselemente an[2], vor allem die l 1 D 44, 2. Diese setzt den Fall, dass in einem Testament ein Vermächtnis und eine Freilassung angeordnet sind und sagt, dass, wenn nun aus dem Vermächtnis geklagt, der Legatar aber abgewiesen würde, weil das Testament ruptum, irritum oder non iustum sei, doch nicht der Klage de libertate die res iudicata entgegenstehen würde. Als Grund ist angegeben: da es sich um Verschiedenheit der Subjekte handle. Windscheid schliesst daraus: da die spätere Klage nur wegen mangelnder subjektiver Identität zugelassen sei, so sei die Folge die, dass bei vorhandener Identität der Personen die res iudicata gegeben sei. Demnach sei in dem ersten Prozess über den Präjudizialpunkt, dass das Testament ruptum etc. sei, rechtskräftig entschieden worden. Man könnte dagegen vielleicht mit Kleinschrod[3] einwenden, dass ja in der lex keineswegs gesagt sei, nur wegen Verschiedenheit der Subjekte könne der Klage nicht die exceptio rei iudicatae entgegengesetzt werden; als weiterer Grund komme hinzu, dass gleichzeitig eine Verschiedenheit der res vorliege und über die die res bedingende Erbschaft nichts entschieden sei. Diese Argumentation Kleinschrods kann aber nicht gerade als schlagender Gegenbeweis gegen die Erklärung Windscheids angesprochen werden, sodass diese Stelle vielleicht zu Gunsten von Savignys Ansicht verwendet werden kann.

Dieser einen für Savigny sprechenden Stelle stehen aber eine ganze Reihe widersprechender entgegen[4]. In l 1 C 3,8 handelt es sich um folgenden Fall: Die Vormünder eines nachgeborenen Kindes behaupten, dass das Testament des Vaters durch die Agnation dieses Kindes rumpiert sei, die

---

[1] Windscheid, actio S. 92.
[2] Ebenda S. 103.
[3] Kleinschrod S. 161.
[4] Buchka S. 302.

Testamentserben hingegen bestreiten den Status des Kindes. Die Schwierigkeit war nun die: Der praeses provinciae war für die Erbschaftsklage zuständig, nicht aber für Klagen über den Status; und doch war von der Entscheidung über diesen das Urteil über das Erbrecht abhängig. Der Kaiser entschied nun dahin, dass die Klage vor den praeses provinciae trotz dessen Unzuständigkeit für Statussachen vorgebracht werden könne. Begründet wird dies damit, dass es zum officium des iudex gehöre, alle incidenten Fragen zu prüfen; eine endgültige Entscheidung treffe er ja nicht über diese, sondern nur über die Erbschaft. Diese Stelle, die klar ausspricht, dass alle Vorfragen zwar auch der Prüfung des Richters unterliegen, nicht aber seiner rechtskräftigen Entscheidung, wird vergebens von Savigny[1] in seinem Sinne zu deuten versucht. Er meint, dass hier über die Streitfrage, was rechtskräftig werde, gar nichts entschieden sei; vielmehr sagten jene Worte nur, was „der wörtliche Inhalt des richterlichen Ausspruchs sei, der stets mit der angebrachten Klage im Zusammenhange stehe". Die klaren Worte der Stelle sprechen wohl gegen diese Auffassung. Windscheid[2] erkennt sehr wohl das Gekünstelte in Savignys Auslegung an, sagt aber, da er die Stelle nicht anders erklären kann, ohne dass sie gegen ihn spricht, dass immerhin die Möglichkeit dieser Auffassung nicht zu bestreiten sei.

Zwei andere Stellen, die deutlich den Grundsatz aussprechen, dass über Vorfragen nicht rechtskräftig entschieden wird, sind l 17 D 44, 1 und l 23 D 44, 2[3]. Aus der ersten ergibt sich, dass ein Urteil über eine Servitut nicht dem Eigentum des praedium dominans präjudiziere. In gleicher Weise spricht l 23 D 44,2 aus, dass bei einer Entscheidung über Zinsen keineswegs über die zu Grunde liegende Kapitalsforderung rechtskräftig entschieden werde. Wenn Windscheid meint[4], es sei gar nicht notwendig, dass im Servitutenprozess

[1] Savigny S. 442.
[2] Windscheid, actio S. 90.
[3] Buchka S. 303 und 307.
[4] Windscheid, actio S. 91.

über das Eigentum des herrschenden Grundstücks, bei der Klage auf Zahlung von Zinsen über die Begründetheit der Hauptforderung gestritten werde, so ist dagegen zu sagen, dass beide Stellen allgemein die Grundsätze aussprechen und demnach auch die Fälle mitumfassen, die Windscheid ausgeschlossen wissen will. Wir können sogar annehmen, dass Paulus und Ulpian gerade an die Fälle denken, in denen im ersten Prozess um das Eigentum bezw: die Kapitalsforderung schon gestritten wurde; denn andernfalls handelten beide Fälle von etwas Selbstverständlichem und wären demnach überflüssig.

Auf Grund dieser Untersuchungen werden wir wohl zunächst für das römische Recht die Theorie Savignys von der Rechtskraft der Urteilselemente ablehnen und an dem Satze festhalten müssen: Nur das, worüber der Richter seine letzte, eigentliche Entscheidung fällt, wird rechtskräftig festgestellt. Was dies ist, ergibt sich aus dem an den Richter gestellten Entscheidungsbegehren. Da Entscheidung nur über Rechte, nicht über die Wahrheit tatsächlicher Behauptungen verlangt wird, erstreckt sich auch die Entscheidung des Richters nur auf Rechtsverhältnisse, nicht auf Tatsachen. Allerdings wird der Richter sich stets zunächst ein Urteil über Tatsachen bilden müssen, da das Vorhandensein eines Rechts sich nur aus bestimmten Tatsachen ergibt; aber die Entscheidung über diese erfolgt nur zu dem Zweck, um über das Recht erkennen zu können.

2. Rechtskraft bei der actio Publiciana.

a. § 2. Wesen der actio Publiciana.

Die actio Publiciana ist eine actio ficticia: in der Formel weist der Prätor den Richter an, zu untersuchen, ob der Kläger, falls er die Sache ein Jahr lang besessen hätte, Eigentümer sein würde. Nicht soll der Richter entscheiden, ob Kläger wirklich das Eigentum hat, vielmehr nur untersuchen, ob die Erfordernisse vorhanden sind, die bei einjährigem Besitz zum Eigentum geführt hätten, m. a. W., ob

die Voraussetzungen der Ersitzung mit Ausnahme des Ablaufs der Ersitzungszeit beim Kläger vorliegen. Wie wir oben festgestellt haben, wird stets mit einer Klage ein Recht geltend gemacht. Rechtsschutz wird nicht blossen faktischen Verhältnissen, sondern nur Rechtsverhältnissen gewährt. Infolgedessen muss in dem Usukapionsbesitz, d. h. der titulierten bonae fidei possessio, ein Recht verkörpert sein.

Fitting[1] leugnet jedes im Usukapionsbesitz liegende Recht. Dagegen nehmen eine grosse Reihe von Schriftstellern an, dass die bonae fidei possessio ein Recht darstelle[2]. So fassen sie Scheurl und Huschke[3] als „präsumtives werdendes Eigentum" auf, Bruns und Eisele als „relatives Eigentum", Brinz[4] als „Art bonitarischen Eigentums", Dernburg[5] endlich als „eigentumsähnliches, wenn auch nur relatives, dingliches Recht, sogenanntes Publicianisches Recht".

Dass die Bezeichnung „werdendes Eigentum" nicht treffend ist, hat Bechmann[6] dargelegt; es liegt keineswegs eine Entwicklung der bonae fidei possessio zum Eigentum vor: „ein Teil der Voraussetzungen fällt in einen Zeitpunkt und ist damit fertig und abgeschlossen, und den blossen Ablauf eines Zeitraumes bezw. das ununterbrochene und unveränderte Bestehen eines Zustandes während desselben kann man doch kaum Entwicklung nennen."

Ebenso wendet er sich, desgleichen Pernice[7] und Eisele[8], gegen die Unterstellung der bonae fidei possessio unter den Begriff „bonitarisches Eigentum". Pernice hält diese nicht mit der geschichtlichen Entwicklung für vereinbar. Bechmann und Eisele machen auf den gewaltigen Unterschied aufmerksam, der zwischen dem Bonitarier und dem bonae fidei possessor besteht.

---

[1] Fitting a. a. O. S. 261.
[2] vgl. Kley S. 3.
[3] Huschke S. 18.
[4] Brinz S. 80.
[5] Dernburg, Paud. I S. 453.
[6] Bechmann S. 389.
[7] Pernice, Bd. II S. 435.
[8] Eisele a. a. O. S. 51.

Der Gedankengang ihrer Erörterungen ist etwa folgender: Dem Bonitarier stehe wirkliches, wenn auch nicht ziviles Eigentum an der Sache zu; hingegen glaube der bonae fidei possessor nur Eigentum zu haben. Der praktische Unterschied bestehe darin, dass der Bonitarier auch gegen den zivilen Eigentümer durchdringe, während der bonae fidei possessor dem Eigentümer weichen müsse. Wegen dieser Verschiedenheit ist es nicht angängig, die bonae fidei possessio als Art des bonitarischen Eigentums zu bezeichnen.

Auch mit der Bezeichnung als „relatives Eigentum" würden wir nicht das Richtige treffen, da dieser Ausdruck eine contradictio in adiecto ist: es gehört zum Begriff des Eigentums, absolut zu sein.

Daraus ergibt sich, dass wir das in der bonae fidei possessio verkörperte Recht wohl nicht unter den Begriff Eigentum bringen und es als eine Art desselben („werdendes", „relatives" etc.) bezeichnen dürfen. Vielmehr werden wir es als besonderes, allerdings eigentumsähnliches, dingliches Recht auffassen müssen, das wir mit Dernburg „Publicianisches Recht" nennen können.

Die Natur dieses Rechtes lässt sich erkennen, wenn wir uns vergegenwärtigen, in welcher Weise bei der Geltendmachung desselben durch die Publiciana der Beklagte sich wirksam verteidigen kann. Durch den Nachweis eines gleichen oder besseren Rechtes, insbesondere durch Geltendmachung seines Eigentums — exceptio dominii — erreicht er Klageabweisung. Das Publicianische Recht kann sich also nur gegen den Schlechterberechtigten durchsetzen und hat demnach relativen Charakter.

b. § 3. Rechtskraft bei Unterliegen des Beklagten.

Um nun zu erfahren, was durch das dem Kläger günstige Urteil bei der Publiciana rechtskräftig entschieden wird, wird es zweckmässig sein, zunächst auf die rei vindicatio zurückzugehen, da die Publiciana der vindicatio nachgebildet ist (l 7 § 8 D 6, 2). Die rei vindicatio ist, wie alle dinglichen Klagen, eine actio arbitraria. Der Richter wird angewiesen,

zunächst einen Ausspruch über das Eigentum des Klägers zu tun. Stellt er dieses fest, so erlässt er eine Aufforderung (arbitratus) an den Beklagten, die Sache herauszugeben. Wenn Beklagter dem arbitratus nicht nachkommt, so erfolgt — bis in die spätere Kaiserzeit — eine Verurteilung auf das Geldinteresse. In der nachklassischen Zeit wird der arbitratus unmittelbar vollstreckbar.

Obwohl also die Schlussentscheidung bei Verurteilung des Beklagten ursprünglich auf Zahlnng von Geld, später auf Herausgabe der Sache geht, wird nicht etwa nur diese Verpflichtung des Beklagten, sondern, wie es für das römische Recht unbestritten ist, vor allem das Eigentum des Klägers rechtskräftig festgestellt. Damit wird aber nicht, wie es scheinen könnte, der Satz umgestossen, dass die Urteilselemente an der Rechtskraft nicht teilnehmen, da die Entscheidung über das Eigentum nicht eine solche über ein Urteilselement, sondern über den eigentlichen Streitgegenstand ist.

Bei der Publiciana, bei der, wie wir gesehen haben, um das eigentumsähnliche Publicianische Recht gestritten wird, wird dementsprechend dieses Recht des siegreichen Klägers rechtskräftig festgestellt.

Die weitere Frage ist nun die: Was hat Kläger dadurch gewonnen, dass auf seiner Seite das sog. Publicianische Recht anerkannt wird? Nach dem, was wir oben für dieses Recht gesehen haben, wird durch das Urteil rechtskräftig festgestellt, dass der Kläger besser berechtigt ist zum Besitze als der Beklagte. Dass dieser nun seinerseits nicht die Publiciana gegen den Kläger anstellen kann, ist selbstverständlich.

Kann er aber etwa nachher mit der rei vindicatio gegen den früheren Kläger vorgehen, ohne die res iudicata fürchten zu müssen? Um dies zu entscheiden, bedarf es folgender Erwägung: Ist der Kläger mit der rei vindicatio durchgedrungen, so enthält die rechtskräftige Feststellung seines Eigentums notwendig die Aberkennung desselben auf seiten des Beklagten. Ebenso liegt in der Anerkennung des besseren Rechts in der Person des Klägers der Ausspruch

enthalten, dass Beklagter schlechter berechtigt ist als der Kläger. Damit ist aber auch gleichzeitig festgestellt, dass er kein Eigentum an der betreffenden Sache hat, oder wenigstens, dass diesem ein Recht des Klägers entgegensteht. Folglich kann der siegreiche Kläger aus der Publiciana sehr wohl der späteren rei vindicatio des Beklagten die res iudicata wirksam entgegensetzen.

Bähr[1] ist derselben Meinung aber nur für den Fall, dass bei der Publiciana der Beklagte die exceptio dominii erhoben habe, mit ihr aber zurückgewiesen worden sei. Habe er dies unterlassen, so nimmt Bähr an, dass er nachher immer noch die rei vindicatio gegen den siegreichen Kläger anstellen könne. Bähr begründet dies mit dem selbständigen Charakter der exceptio, der es verbiete, das ihr zu Grunde liegende Recht ohne weiteres dadurch verloren gehen zu lassen, dass es nicht geltend gemacht werde. Dagegen ist aber folgendes zu sagen: es ist Sache des Beklagten das zu seiner Verteidigung Notwendige vorzubringen. Unterlässt er dies, so ist es seine Schuld, wenn er damit ausgeschlossen wird. Wie bei der Eigentumsklage das Eigentum des Beklagten rechtskräftig aberkannt wird, auch wenn dieser es unterlassen hat, späteren Eigentumserwerb geltend zu machen, ebenso ist es bei der Publiciana, wenn der Beklagte die exceptio dominii zu erheben verabsäumt, da das anerkannte bessere Recht des Klägers das Eigentum des Beklagten, wenigstens solange das Recht des Klägers besteht, schlechthin ausschliesst. Dass die Verteidigung des Beklagten sich in dem einen Falle als Bestreiten des Klagegrundes, in dem zweiten als exceptio darstellt, macht keinen Unterschied.

Wenn aber auch der Beklagte seinerseits kein Eigentum mehr geltend machen kann, so kann er doch noch in einem neuen Prozesse das Eigentum des Klägers mit Erfolg bestreiten, z. B. bei einer auf die Publiciana folgenden actio negatoria desselben Klägers gegen denselben Beklagten. Denn wenn auch ein besseres Recht zum Besitze auf Seiten des Klägers, so ist doch nicht sein Eigentnm festgestellt worden.

[1] Bähr, a. a. O. S. 328.

c. § 4. Rechtskraft bei Abweisung des Klägers.

Zu erörtern bleibt nun noch, was bei einem abweisenden Urteil aus der Publiciana in Rechtskraft übergeht. Die Abweisung kann erfolgen, weil Beklagter die Sache nicht im Besitz hat, oder weil die notwendigen Ersitzungserfordernisse nicht vorhanden sind, oder weil Beklagter ein gleiches oder besseres Recht zum Besitze hat. Der Richter wird, um zu einer Klageabweisung zu kommen, sich darüber ein Urteil machen müssen, ob der eine oder der andere Abweisungsgrund vorliegt, die Entscheidung darüber wird aber nicht rechtskräftig, da dies eine solche über sogenannte Urteilselemente ist. Rechtskräftig festgestellt wird vielmehr nur, dass Kläger — aus irgend einem Grunde — gegen diesen Beklagten das Publicianische Recht nicht hat.

Trotzdem ist es für die Frage, ob in einem neuen Prozesse eadem quaestio vorliegt, nicht gleichgültig, aus welchem Grunde die Abweisung erfolgt ist. Geschah sie wegen mangelnden Besitzes des Beklagten, so kann, sobald dieser in den Besitz der Sache kommt, Kläger wieder mit der actio Publiciana gegen ihn vorgehen.

Ist Kläger abgewiesen worden, weil die notwendigen Ersitzungserfordernisse auf seiner Seite nicht vorhanden gewesen sind, so ist es selbstverständlich, dass er die Publiciana gegen denselben Beklagten erst wieder anstellen kann, wenn sie nachträglich in seiner Person entstanden sind. Ob Kläger nachher die rei vindicatio gegen denselben Beklagten anstrengen kann, hängt davon ab, auf welchen Erwerbsgrund er bei der neuen Klage sein Eigentum stützt. Würde er Ersitzung unter Heranziehung des alten Sachverhalts geltend machen, so würde er mit der res iudicata geschlagen werden. Er stützte sich dann, ebenso wie bei der Publiciana, auf titulierte bonae fidei possessio — das Publicianische Recht — und auf ein neues Moment: den Ablauf der Ersitzungszeit. Dass er aber das Publicianische Recht nicht hat, ist schon in dem ersten Prozesse rechtskräftig festgestellt worden. Würde der Kläger aber bei der rei vindicatio sein Eigentum auf einen anderen Erwerbsgrund,

oder auf Ersitzung unter Anführung eines neuen Ersitzungstitels stützen, so würde die res iudicata nicht durchgreifen, weil dann etwas anderes als im ersten Prozess zur Entscheidung stehen würde.

Erfolgte die Abweisung bei der Publiciana deshalb, weil Beklagter seinerseits ein Recht zum Besitze — insbesondere das Eigentum — wirksam geltend gemacht hat, so enthält die Entscheidung, dass Kläger das Publicianische Recht nicht hat, gleichzeitig die Feststellung, dass Kläger schlechter berechtigt ist als der Beklagte. Das widerstösst nicht etwa gegen den oben aufgestellten Satz, dass die Entscheidung über den Abweisungsgrund nicht rechtskräftig wird. Denn keineswegs wird etwa das betreffende vom Beklagten geltend gemachte Recht — z. B. bei der exceptio dominii das Eigentum — festgestellt. In der Feststellung, dass Kläger schlechter berechtigt ist als der Beklagte, liegt gleichzeitig auch der Ausspruch, dass er kein Eigentum hat, oder dass jedenfalls diesem ein Recht des Beklagten entgegensteht. Mithin könnte in diesem Falle Kläger nach der Abweisung bei der Publiciana nicht etwa die rei vindicatio gegen denselben Beklagten anstrengen, er müsste denn gerade den Untergang des Rechtes auf Seiten des Beklagten nachweisen.

Zweiter Abschnitt.

Deutsches Recht.

1. § 5. Wesen des Urteils im deutschen Recht.

Im alten deutschen Recht kann von materieller Rechtskraft des Urteils keine Rede sein. Dies liegt an dem eigenartigen Charakter des altdeutschen Urteils. Es enthält nicht, wie das Urteil im römischen oder auch im heutigen Recht, einen Ausspruch über das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis, das es dadurch zur endgültigen Lösung bringt; vielmehr bestimmt es nur die Voraussetzungen, unter denen ein Sühnevertrag zwischen den Parteien abgeschlossen werden müsse. Daher ergeht das Urteil, falls der Beklagte

das Vorbringen des Klägers zugesteht, dahin, dass der Beklagte dem Kläger die schuldige Leistung anzugeloben verpflichtet sei. Bestreitet der Beklagte das Vorbringen des Klägers und ist somit ein Beweisverfahren erforderlich, so ergeht das Urteil dahin, dass die Parteien einen Vertrag zu schliessen haben, wonach der Beweisberechtigte den Beweis der bestrittenen Tatsachen mittels der im Urteil angegebenen Beweismittel zu erbringen oder gewisse Folgen auf sich zu nehmen hat. Erst der dem Urteil nun nachfolgende aussergerichtliche Urteilserfüllungsvertrag legt die Parteistreitigkeit bei.

Da also darnach Rechtskraft des Urteils im deutschen Recht gar nicht in Frage kommt, kann sich die folgende Erörterung auch nicht darauf erstrecken, was bei der deutschrechtlichen Fahrnisklage rechtskräftig festgestellt wird. Vielmehr wird nur zu untersuchen sein, worum sich bei ihr der Streit dreht. Dies wird für die spätere Abhandlung darüber, was im heutigen Recht bei der Klage aus § 1007 B. G. B. in Rechtskraft übergeht, von Bedeutung sein, da diese, wie oben erwähnt, auf deutschem Rechte fusst.

2. § 6. Die Gewere und ihre Wirkungen.

Die Grundlage des gesamten deutschen Sachenrechts ist die Gewere. Gewere ist „das Kleid des Sachenrechts", wie Gierke[1] sagt; sie ist das faktische Gewaltverhältnis über eine Sache, hinter der man stets das Recht erblickt. Jedes dingliche Recht hat Anspruch auf Darstellung in einer Gewere. Bei einem Widerspruche zwischen der äusseren Hülle des Rechts, der Gewere, und dem Recht selbst hat natürlich das Recht den Vorzug. Solange aber ein solcher Widerspruch nicht nachgewiesen ist, hat die Gewere die Vermutung des Rechtes für sich.

Nicht diesem, sondern der Gewere wird Rechtsschutz gewährt; nicht über das materielle Recht, sondern über die Gewere urteilen die Gerichte. Dass der Gewere eine derartige

[1] Gierke, Fahrnisbes. S. 9.

Bedeutung beigelegt wird, erklärt sich aus dem dem deutschen Recht eigenen Publizitätsprinzip, wie Huber (a. a. O.) überzeugend nachgewiesen hat. Weil die Gewere das dahinterstehende Recht offenkundig macht, ist sie die Grundlage des deutschen Sachenrechts.

Die Wirkung der Gewere zeigt sich einmal darin, dass der Inhaber der Gewere sie nur im Wege der Klage zu räumen braucht und im Prozesse die vorteilhafte Stellung des Beklagten erhält - Defensivwirkung der Gewere[1].

Wichtiger für uns ist ihre zweite Wirkung, die Offensivwirkung[2]. Der frühere Inhaber der Gewere kann dem jetzigen die Sache abgewinnen, wenn er sich auf einen Mangel im Rechtsgrunde der gegenwärtigen Gewere stützt. Ein solcher liegt vor einmal, wenn der jetzige Inhaber die Sache auf Grund eines Gedinges (Leihe, Depositum, Pfand etc.) in der Gewere hat und nach diesem zurückzugeben hat, sodann, wenn der frühere Inhaber die Gewere wider Recht und Willen verloren hat.

Hier zeigt sich wieder deutlich das deutschrechtliche Publizitätsprinzip. Hat der frühere Inhaber der Gewere die Sache auf Grund eines Gedinges jemandem anvertraut, so kann er sie auch nur von seinem Vertrauensmann zurückfordern, nicht aber von dem dritten Besitzer der Sache. Der Grund dafür liegt darin, dass das Gedinge zwischen dem früheren Inhaber der Gewere und dem Vertrauensmann jeder Offenkundigkeit mangelt.

Anders ist dies bei den wider Recht und Willen verlorenen Sachen, wenn wir die engen genossenschaftlichen Verhältnisse des Mittelalters in Betracht ziehen[3]. Ein Raub oder Diebstahl wurde hier unter den Dorfgenossen ohne weiteres bekannt. Als Publizitätsmittel diente vor allem das Gerüfte.

---

[1] Huber S. 8.
[2] Ebenda S. 10.
[3] Ebenda S. 13,
Meyer, Entw. S. 42/43,
Derselbe, Publ. S. 42/43.

Bei der Offenkundigkeit des dieblichen Verlustes erscheint es gerechtfertigt, dass der Bestohlene sich auch an jeden Dritten halten kann, bei dem er die Sache findet. Darauf, ob dieser in der Tat etwas von dem Verlust gewusst hat oder nicht, kommt es nicht an. Durch den Beweis seiner Unkenntnis wird er nur von der Zahlung der Diebstahlsbusse befreit.

Die Offenkundigkeit wird nun aber nicht nur dann angenommen, wenn das Gerüfte erhoben worden ist, sondern auch in den allerdings wohl seltenen Fällen, dass der Bestohlene erst später die Sache bei einem Dritten entdeckt. Auch in der späteren Zeit, als bei der Entwicklung von Handel und Verkehr die Kundbarkeit des Diebstahls nicht mehr ohne weiteres anzunehmen ist, kann die Klage gegen dritte Erwerber gerichtet werden. Die Offenkundigkeit wird hier präsumiert. Und nicht nur der diebliche oder raubliche Verlust begründet später die Klage, sondern jeglicher Verlust wider Willen. In welcher Weise die Ausdehnung der Klage vor sich gegangen ist, ist bei Meyer (Entwerung und Eigentum S. 48ff.) dargestellt. Wir haben uns hier mit der Feststellung dieser Tatsache zu begnügen.

3. § 7. Die Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere.

Auf die Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere müssen wir noch näher eingehen. Die beiden ältesten Verfahrensarten bei Entziehung der Gewere wider Recht und Willen sind das Verfahren auf handhafter Tat und das mit Spurfolge, die beide mit Gerüfte eingeleitet werden[1]. Daneben und später an ihre Stelle tritt die Anefangsklage, bei der die Einleitungsförmlichkeiten der Spurfolge durch den Intertiationsakt — den unter förmlichem Ergreifen der Sache geschworenen Vor- oder Gefährdeeid — ersetzt werden[2].

Ausserdem kann auch bei unfreiwilligem Verlust — wenigstens in späterer Zeit — mit der schlichten Klage

[1] Meyer, Entw. S. 9.
[2] Derselbe, Publ. S. 22.

geklagt werden, bei der die rechtsförmliche Einleitung des Anefangs wegfällt.

Die Anefangsklage ist die hauptsächlichste reipersekutorische Klage des germanischen Rechts[1]. Hinsichtlich ihres rechtlichen Charakters herrschte früher Streit darüber, ob sie Eigentumsklage ist oder nicht.

Dafür entschied sich vor allem Bruns[2]. Indem er die römischrechtliche Unterscheidung zwischen possessorischen und petitorischen Klagen auch auf das deutsche Recht anwandte, konnte er, da sich in der Anefangsklage petitorische Elemente vorfinden, sie nicht unter die possessorischen Rechtsmittel einreihen, und es blieb ihm nichts anderes übrig, als sie als petitorische, als Eigentumsklage, zu bezeichnen. Zudem fand er in den Quellen den Ausspruch, dass der Kläger zu beschwören habe, „dass die Sache sein sei". Aus diesem Grunde nimmt auch Delbrück[3] als Klagegrund bei der Anefangsklage das Eigentum an.

Dagegen wendet sich Laband[4]. Dass die Worte, die Sache sei sein — nebenbei bemerkt, wird ein derartiger Beweis nur in einem Teil der Quellen verlangt — nicht schlechthin die Bedeutung der Eigentumsbehauptung haben können, schliesst er aus folgendem: wollte man dies annehmen, dann müsste die Verfolgung gestohlener Sachen überall da ausgeschlossen sein, wo die Sache nicht dem Eigentümer selbst, sondern seinem Vertrauensmann gestohlen worden sei. Dem Eigentümer könne die Klage gemäss dem Satze „Hand wahre Hand" nicht zustehen, dem Vertrauensmanne aber deswegen nicht, weil er ja nicht Eigentümer sei. Dass das deutsche Recht aber die Anefangsklage auch dem Commodator, Pfandgläubiger etc. gegeben habe, stehe als zweifellos fest. Diese Schwierigkeit erkennen die Anhänger der Vindikationstheorie auch an. Daher erklären sie, dass, wenn ein anderer als der Eigentümer die Anefangsklage angestellt habe, mit

---

[1] Meyer, Entw. S. 11.

[2] Bruns, S. 310ff.

[3] Delbrück, dingl. Kl. S. 71ff. Derselbe, Ztschr. f. d. R. XIV S. 244

[4] Laband, S. 110ff.

den Worten, die Sache sei sein, nicht das Eigentum, sondern schlechthin ein Recht, die Sache zu besitzen, gemeint gewesen sei[1]. Damit geben sie aber selbst die Ansicht, dass die Anefangsklage eine Eigentumsklage sei, auf.

Die Behauptung des Klägers, dass die Sache sein sei, soll nun aber überhaupt nicht ein Recht geltend machen. In jenen Worten liegt vielmehr nur die Behauptung, dass die beanspruchte Sache mit der verlorenen identisch sei. Dafür spricht eine ganze Anzahl von Stellen, in denen die Ausdrucksweise sich vorfindet:

„si quis rem sibi furtive ablatam recognoverit, agnoverit"[2].

So aus dem älteren Recht: lex Salica 47, lex Ribuaria 33,1, lex Burgundionum 83,1; aus dem späteren Recht: Privileg von Flensburg von 1284, Stadtrecht von Schleswig c. 18, Brünner Schöffenbuch c. 104. Meyer[3] fügt noch hinzu: Privileg Wratislaus II für die Deutschen in Prag, erneuert durch Przemisl. Ottok. II 1274.

Aus diesen Stellen, die den Identitätsbeweis deutlich verlangen, kann man schliessen, dass die Worte, die Sache sei sein, die in anderen Quellen vorkommen, ebenfalls nur den Identitätsnachweis bedeuten. Für das spätere Recht wird diese Ansicht Labands wohl allgemein geteilt.

Für das ältere germanische Recht (etwa bis zum 11. Jhrhd.) nimmt Hermann noch an, dass die Anefangsklage eine Eigentumsklage gewesen sei[4]. Er stützt seine Ansicht hauptsächlich darauf, dass im altgermanischen Recht jedermann seine Sachen mit einem Erkennungszeichen, der Hausmarke, versah; dadurch sei für das Eigentum ein Publizitätsmittel vorhanden gewesen. Wenn nun der Kläger der Anefangsklage nachgewiesen habe, dass die betreffende Sache mit seiner Hausmarke versehen sei — und dies wurde im alten Rechte verlangt —, so habe er damit sein Eigentum dargetan. Meyer

[1] Delbrück, dingl. Kl. S. 73 — Bruns, S. 315.
[2] Laband, S. 112.
[3] Meyer, Entw. S. 18.
[4] Derselbe, Entw. 19ff.

weist nun aber nach, dass diese Hausmarke keineswegs das Zeichen des Eigentümers, sondern das des Gewereinhabers gewesen sei, sodass der Kläger durch den Nachweis seiner Hausmarke kein Eigentum geltend mache, sondern lediglich darlege, dass diese Sache früher in seiner Gewere gewesen sei. Also auch hier handelt es sich nur um einen Identitätsnachweis, und so müssen wir auch für das ältere Recht der Anefangsklage den Charakter als Eigentumsklage absprechen.

Zu erwähnen ist hier noch die Ansicht, die Huber von der Bedeutung der Worte, die Sache sei sein, hat[1]. Die Gewere besteht, so sagt er, aus zwei Elementen: „aus der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache und aus der Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache". Es genüge neben der tatsächlichen Herrschaft nicht der blosse Wille, der auf die dingliche Berechtigung gerichtet sei; vielmehr werde die Behauptung derselben verlangt, die allerdings nicht mit Tatsachen belegt zu werden brauche. Die Worte, die Sache sei sein, nun enthielten diese Behauptung der Berechtigung. Damit will Huber keineswegs sagen, dass die dingliche Berechtigung Klagegrund gewesen sei; vielmehr sei die Behauptung der Berechtigung als Element der Gewere erforderlich gewesen. Ob diese Ansicht Hubers richtig ist oder nicht, mag dahingestellt bleiben; es genügt, festzustellen, dass auch er bei der Anefangsklage nicht das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht als Klagegrund ansieht.

Was ist nun aber der Klagegrund? In den Quellen findet sich übereinstimmend der Satz, dass der Kläger zu beweisen habe, die Sache sei ihm wider Willen abhanden gekommen. Daraus schliesst Laband[2], dass der unfreiwillige Besitzverlust als solcher das eigentliche Klagefundament sei. Dadurch „bringt er in die Klage ein persönliches Moment, das sicher nicht geeignet ist, die Tatsache, dass die Klage gegen jeden Inhaber der Gewere geht, zu erklären"[3]. Wenn

[1] Huber, S. 22, 42.
[2] Laband, S. 111.
[3] Huber, S. 18.

der Kläger seinen unfreiwilligen Besitzverlust dartut, so macht er damit auch seine frühere Gewere an der Sache geltend. Diese ist der eigentliche Klagegrund: der unfreiwillige Besitzverlust kommt erst an zweiter Stelle insofern in Betracht, als er den Mangel im Rechtsgrunde der Gewere des gegenwärtigen Inhabers dartut.

Nach dem, was wir oben über die Gewere gesehen haben, werden wir die Anefangsklage nicht als possessorisches Rechtsmittel, wie etwa die römischen Besitzinterdikte es sind, annehmen können. Die römischen possessorischen Interdikte schützen den Besitz um seiner selbst willen; Einwendungen aus dem Recht können nicht erhoben werden. Daher ist es erklärlich, dass der Schutz, der durch diese Interdikte gewährt wird, ein vorläufiger ist und das Recht selbst in keiner Weise berührt. Anders ist dies bei der Anefangsklage[1]. In der Gewere wird nicht das blosse tatsächliche Verhältnis, sondern das dahinterstehende Recht geschützt; daher sind dem Beklagten auch petitorische Einreden gegeben[2]. Das deutsche Recht kennt eine Klage aus dem Recht gar nicht. Schutz wird diesem nur in seiner Erscheinungsform gewährt. Trotzdem oder vielmehr gerade deshalb, weil in der Gewere das Recht geschützt wird, müssen wir sagen, dass sich bei der Anefangsklage der Streit um das Recht dreht.

Dritter Abschnitt.

Das deutsche Recht nach der Rezeption.

1. Usus modernus.

a. § 8. Die Entwendungsklage.

Mit dem Eindringen des römischen Rechts sind die deutschen Rechtsgedanken, wie wir sie in der Klage aus

[1] Huber, S. 45/46.

[2] Ursprünglich konnte sich der Beklagte allerdings nur durch den Zug auf den Gewähren verteidigen, der in den Prozess eintrat. (Meyer, Publ. S. 17.)

unfreiwillig verlorener Gewere kennen gelernt haben, keineswegs untergegangen. Unter ihrem Einflusse werden einige römische Rechtsinstitute vollständig verändert[1],

So geschieht dies mit der condictio furtiva[2]. Im nicht recipierten römischen Recht steht diese allein dem Eigentümer und dinglich Berechtigten zu und geht nur gegen den Entwender und dessen Erben. Im Usus modernus nun erfährt sie nach der aktiven wie nach der passiven Seite eine wesentliche Erweiterung. Kläger ist jetzt nicht nur der dinglich Berechtigte, sondern jeder, cuius interest rem non esse subreptam (Lauterbach 13,1 § 10), also auch der Kommodatar etc. Eine Ausdehnung der Klage nach der passiven Seite auf dritte Erwerber wird erreicht durch den vom Usus modernus aufgestellten Grundsatz, dass derjenige, welcher wissentlich eine res furtiva erwirbt, als fur zu betrachten ist. Ausserdem wird der Besitzer einer gestohlenen Sache ohne weiteres als fur — in dem neuen erweiterten Sinne — präsumiert.

In dieser Ausdehnung klingt die condictio furtiva deutlich an die deutschrechtliche Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere an. Sie unterscheidet sich von ihr aber in zwei wichtigen Punkten[3].

Erstens wird die condictio furtiva auch bei Unterschlagung anvertrauter Sachen gegeben, sodass also auch der bösgläubige Erwerber einer solchen mit ihr zur Herausgabe gezwungen wird, während im deutschen Recht schlechthin der Satz: „Hand wahre Hand" gilt. Dies liegt daran, dass das römische furtum die Unterschlagung mit umfasst.

Noch wichtiger ist der zweite Unterschied der erweiterten condictio furtiva von der deutschrechtlichen Klage. Während im deutschen Recht der Beklagte mit dem Nachweis des unverdächtigen Erwerbs nur die strafrechtlichen Folgen ab-

---

[1] Wie der historische Zusammenhang mit der deutschrechtlichen Fahrnisklage durch die lex incivilem (l 2 C 6,2) gegeben wurde, ist bei Wellspacher, Publicitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus, a. a. O. S. 671ff. ausführlich erörtert.

[2] Wellspacher, Publ. S. 645ff.

[3] Derselbe, Publ. S. 669.

wendet, erreicht er bei der Entwendungsklage damit die Abweisung des Klägers.

Ueberhaupt ruht die condictio furtiva auch in ihrer erweiterten Form auf anderen Grundlagen als die deutschrechtliche Fahrnisklage, wenn auch vielleicht auf das deutsche Recht diese Erweiterung zurückzuführen ist. Wie wir oben gesehen haben, ist bei der Fahrnisklage die frühere Gewere der eigentliche Klagegrund, der unfreiwillige Verlust kommt erst in zweiter Linie in Betracht. Die condictio furtiva hingegen ist eine persönliche Klage, die auf einer obligatio ex delicto beruht. Dass sie gewissermassen dinglichen Charakter annimmt und gegen Dritte geht, liegt daran, dass der bösgläubige Erwerber als Dieb gilt und mithin auch aus dem Delikt zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist.

Wegen dieses wesentlichen Unterschiedes der Entwendungsklage von der Fahrnisklage ist es natürlich zwecklos, auf die Frage einzugehen, was bei ersterer rechtskräftig festgestellt wird.

b. § 9. Possessorium ordinarium und actio spolii.

Ganz deutlich macht sich der Einfluss des deutschen Rechts bei der Umgestaltung des römischen Besitzschutzes im Usus modernus geltend. Streng einheitliche Grundsätze haben sich allerdings nicht herausgebildet; vielmehr herrschte eine grosse Verwirrung. Immerhin lässt sich über die Umgestaltung der Besitzinterdikte folgendes sagen:

Das interdictum uti possidetis — in der neuen Gestalt possessorium ordinarium genannt — erhält rekuperatorische Wirkung. Der Besitz wird als civilis possessio für fortbestehend erachtet, wenn eigentlich keine Störung mehr, sondern bereits Besitzentsetzung vorliegt. Die Entscheidung ergeht zu Gunsten des älteren Besitzers. Die Klage wird nicht nur gegen den Störer, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer gegeben. Eine besonders wichtige Veränderung ist die, dass nunmehr petitorische Einreden zugelassen werden.

Das interdictum unde vi wird ersetzt durch die actio spolii des kanonischen Rechts[1]. Diese Klage wird jedem gegeben (auch dem Detentor), dem eine Sache eigenmächtig entzogen wird. Sie geht — ebenso wie das possessorium ordinarium — nicht nur gegen den Entsetzer, sondern auch gegen Dritte, und zwar nach der mittelalterlich-italienischen Doktrin auch gegen gutgläubige Dritte, seit dem Anfang des 18. Jahrhunderts allerdings nur gegen schlechtgläubige. Wie bei dem possessorium ordinarium werden Einreden aus dem Recht gestattet.

Dass im possessorium ordinarium wie in der actio spolii die Grundsätze der deutschrechtlichen Fahrnisklage enthalten sind, leuchtet ohne weiteres ein. Von possessorischen Rechtsmitteln kann man bei ihnen kaum mehr sprechen.

Allerdings werden durch die Angriffe von Seiten J. H. Boehmers und Savignys die deutschrechtlichen Elemente aus beiden Klagen wieder beseitigt, sodass sie im letzten Jahrhundert wieder als rein possessorische Rechtsmittel erscheinen.

Wenn wir fragen, was bei diesen Klagen rechtskräftig festgestellt wird, so kommen für uns beide Klagen natürlich nur in der Gestalt in Betracht, in der sie mit der deutschrechtlichen Fahrnisklage Aehnlichkeiten aufweisen. Bei der geringen Einheitlichkeit, die sich in der Auffassung der Klagen zeigt, werden sich aber kaum einheitliche Grundsätze für die Beantwortung dieser Frage gewinnen lassen. Auf das eine genügt es aber hinzuweisen: solange die deutschrechtlichen Elemente in den Klagen enthalten waren, drehte sich der Streit um das Recht. Mithin musste auch im Urteil eine rechtskräftige Entscheidung über dieses enthalten sein.

2. § 10. Die Partikularrechte, insbesondere das allgemeine Landrecht.

Die in der deutschrechtlichen Fahrnisklage enthaltenen Rechtsgedanken, die das gemeine Recht, wenn auch nur vorübergehend, beeinflussten, erhielten auch Eingang in einige

[1] Wellspacher, Publ. S. 659ff.

Kodifikationen der Partikularrechte. Eine Anzahl von ihnen, so das bayrische Landrecht, das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, schlossen sich allerdings an das römische Recht an und nahmen die actio Publiciana auf mit oder ohne Erweiterungen. Hingegen erhielt die deutsche Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere Eingang in den Code civil und das preussische allgemeine Landrecht.

Das französische Recht gibt eine Klage demjenigen, dem eine Sache gestohlen worden oder verloren gegangen ist, ohne dass er sein Eigentum zu beweisen brauchte (Art. 2279, Abs. 2 C. c.)[1]; der Beklagte hat die Einrede, dass er zum Besitze berechtigt sei. Hier haben wir das richtige Spiegelbild der deutschrechtlichen Fahrnisklage vor uns.

Im preussischen Recht finden wir die sogenannte Publiciana des Landrechts, die mit der römischen und gemeinrechtlichen aber nichts zu tun hat. Die Publiciana des Landrechts ist eine Klage aus dem besseren Recht zum Besitze. Derjenige frühere Besitzer, der ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen vermag (§ 161 I, 7 A. L. R.) wird durch sie geschützt[2]. Für die Entscheidung der Frage, wann ein besseres Recht zum Besitze vorliegt, führt das Gesetz in seiner kasuistischen Weise eine Reihe von Fällen auf: Der Inhaber ist besser berechtigt als der, welcher ohne allen Rechtsgrund besitzt (§ 162 I, 7 A. L. R.), der vollständige Besitzer steht nur dem wahren Eigentümer nach (§ 175 I, 7 A. L. R.), der unredliche stets dem redlichen (§ 178 I, 7 A. L. R.) u. s. w. Für den Fall des unfreiwilligen Besitzverlustes (§ 184 I, 7 und § 34 I, 15[3] A. L. R.) wird dem Kläger der Beweis des besseren Rechts insofern erleichtert, als der gegenwärtige Besitzer in diesem Falle verpflichtet ist, seinen Titel anzugeben.

---

[1] Foertsch, S 66 und 69

[2] Leske, S 444. — Dernburg, Pr. Pr. I S. 610.

[3] In dem letzteren Falle (§ 34 I, 15) wird allerdings Verlust des rechtmässigen Besitzes verlangt; die Rechtmässigkeit wird aber gemäss § 179 I, 7 vermutet (Dernburg, Pr. Pr. I S. 610).

Nur für diesen Fall, bei unfreiwilligem Besitzverlust des Klägers, können wir einen Vergleich mit der Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere ziehen; hier tritt aber die Anlehnung der Klage des preussischen Rechts an das deutsche Recht ohne weiteres hervor. Der Kläger tut dann ebenso wie bei der Fahrnisklage nur seinen unfreiwilligen Besitzverlust dar, der Beklagte muss dann seinen Titel angeben (im deutschen Recht den Gewähren stellen).

Das Urteil bei der landrechtlichen Publiciana enthält einen Ausspruch über das bessere Recht des Klägers, das natürlich auch rechtskräftig wird.

Vierter Abschnitt.

Das geltende Recht.

1. § 11. Rechtskraft bei der Klage aus § 985 B. G. B.

Bevor wir erörtern, was bei der Klage aus § 1007 B. G. B. rechtskräftig festgestellt wird, ist es notwendig, zunächst zu untersuchen, welchen Umfang die Rechtskraft bei der auf § 985 B. G. B. gestützten Klage auf Herausgabe des Eigentums, der sog. Eigentumsklage, hat. In der neueren Literatur ist nämlich eine Meinung vertreten[1], die bei der Eigentumsklage nur die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache, nicht hingegen etwas über das Eigentum des Klägers rechtskräftig festgestellt wissen will. Wäre diese Ansicht richtig, so würde ebenso bei der Klage aus § 1007 einzig und allein die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache in Rechtskraft übergehen, und die weitere Erörterung wäre überflüssig.

Wie steht es nun aber mit der Rechtskraft bei der Eigentumsklage? Den Umfang der Rechtskraft bestimmt § 322 Z. P. O.: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Wider-

---

[1] Dernburg, Sachenr. S. 419. — Hellwig, Anspr. und Klager. S. 30ff. — Derselbe, Lehrb. des Civ. S. 390. — Planck, N 4 vor § 985.

klage erhobenen Anspruch entschieden ist." Aus dieser Bestimmung geht unzweifelhaft hervor – auch in den Motiven ist es besonders zum Ausdruck gebracht —, dass die Z. P. O. die Savignysche Theorie von der Rechtskraft der Urteilselemente ablehnt.

Um nun aber den Umfang der Rechtskraft positiv festzustellen, ist es nötig, näher auf den Begriff „Anspruch" einzugehen. Die Z. P. O. gibt uns keine Definition, eine solche finden wir im B. G. B. § 194. Sie ist zwar für den Begriff des Anspruchs in § 322 Z. P. O. zu eng: sie umfasst nur einen Teil, allerdings den bedeutendsten, der „durch Klage oder Widerklage erhobenen Ansprüche", nämlich die Leistungsbegehren, während unter § 322 auch die Klagbegehren auf Feststellung und Rechtsgestaltung zu rechnen sind[1]. Da es sich aber bei der Eigentumsklage ebenso wie bei der Klage aus § 1007 B. G. B. um eine Leistungsklage handelt, werden wir auf die Definition des B. G. B. eingehen müssen. Auf eine Abweichung des Begriffs „Anspruch" in der Z. P. O. von dem des B. G. B. muss aber noch aufmerksam gemacht werden: das B. G. B. spricht in § 194 von einem bestehenden Recht, während es die Z. P. O. nur mit behaupteten Rechten zu tun hat[2]. Dieser Unterschied macht aber keine Schwierigkeiten, da wir in der Definition des B. G. B. das Wort „Recht" einfach durch „behauptetes Recht" ersetzt denken können.

§ 194 B. G. B. sagt: „Anspruch ist das Recht von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen". Anspruch ist nicht identisch mit dem zu Grunde liegenden Recht. Allerdings wird ein persönlicher Anspruch das zu Grunde liegende Recht gewöhnlich erschöpfen; ein dinglicher Anspruch hingegen nie. Auch dem dinglichen Anspruch fehlt nicht etwa die Beziehung zu einer bestimmten Person, wohl aber dem zu Grunde liegenden dinglichen Recht[3]. Der Verpflichtete wird beim dinglichen Anspruch dadurch gegeben, dass der

[1] Seuffert, S. 512. — Sydow-Busch. zu § 145 Nr. 2

[2] Fischer, Recht u. Rechtssch. S. 75. — Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 156.

[3] Hölder, Arch. f. d. c. Pr. Bd. 93 S. 20.

Berechtigte ihm gegenüber den Inhalt seines Rechts nicht selbst realisieren kann oder darf, sondern die Realisierung von ihm nur verlangen kann.

Es fragt sich nun, ob durch die Erhebung des dinglichen Anspruchs auch das dingliche Recht geltend gemacht wird, also bei Erhebung des Anspruchs aus § 985 B. G. B. auch das Eigentum, sodass auch über dieses ein rechtskräftiger Ausspruch erzielt wird.

Für das römische Recht und daran anschliessend für das gemeine und auch das preussische Recht ist es unstreitig, dass bei der rei vindicatio über das Eigentum selbst rechtskräftig entschieden wird. Die Anhänger der Meinung, die für das heutige Recht einen anderen Standpunkt einnimmt, erklären die Stellung des römischen Rechts damit, dass bei den dinglichen Klagen das dingliche Recht, bei der rei vindicatio also das Eigentum, in die formula eingeführt und dadurch zum eigentlichen Streitgegenstand erhoben worden sei; es sei auch eine besondere pronunciatio über das Eigentum erfolgt. Das gemeine und preussische Recht hätten sich dem römischen angeschlossen. Seit Einführung der Z. P. O. werde aber streng unterschieden zwischen der Geltendmachung des Anspruchs aus dem dinglichen Recht und der Feststellung des Rechts selbst (§ 256 Z. P. O.). Dass die Z. P. O. im § 256 Klagen auf Feststellung des Bestehens und Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen eingeführt hat, ist richtig. Dadurch beabsichtigte der Gesetzgeber jedoch eine Erweiterung des Rechtsschutzes herbeizuführen, nicht aber eine Beschränkung. Eine solche wäre es aber, wollte man annehmen, dass in den Fällen, in denen bisher die Feststellung eines Rechts ohne weiteres erfolgte, nunmehr die Erhebung einer besonderen Feststellungsklage nötig wäre.

Nach unserer obigen Feststellung, dass der dingliche Anspruch mit dem dinglichen Recht nicht zusammenfällt, könnte es bei wörtlicher Auslegung des § 322 Z. P. O allerdings scheinen, als wenn bei der dinglichen Klage über das Recht selbst nichts entschieden würde. Dagegen lässt sich aber sagen: der § 322 Z. P. O. wollte die übermässige Aus-

dehnung des Umfangs der Rechtskraft, die durch die zahlreichen Verfechter der Savignyschen Theorien in der Praxis erfolgt war, einschränken und demgemäss bestimmen, dass die Urteilselemente nicht an der Rechtskraft teilnehmen. Bei der dinglichen Klage ist die Entscheidung über das Recht aber nicht eine solche über ein Urteilselement, sondern — ebenso wie im römischen Recht — über den eigentlichen Streitgegenstand.

Dafür, dass bei der Eigentumsklage über das Eigentum selbst ein rechtskräftiger Ausspruch erzielt wird, sprechen noch folgende Erwägungen: Würde bei der Verurteilung des Beklagten das Eigentum des Klägers nicht rechtskräftig festgestellt werden, sondern nur die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache, so würde dem Kläger das Urteil für die Zukunft gar nichts nützen. Sobald Beklagter die Sache herausgegeben hat, könnte er dieselbe sofort in einem neuen Prozesse mit der vindicatio zurückverlangen, ohne dass ihm die res iudicata entgegenstünde[1]. Denn die im ersten Prozess einzig und allein festgestellte Restitutionspflicht wäre ja durch die Herausgabe der Sache erledigt. Dass dies ein unerfreuliches Resultat ist, liegt auf der Hand.

Zu unserer Ansicht zwingt uns ferner ein Vergleich des Eigentumsanspruches mit dem possessorischen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes. § 861 B. G. B. gibt einen solchen dem Besitzer, dem durch verbotene Eigenmacht der Besitz entzogen ist. Dringt nun im Prozesse der Besitzer mit seinem Anspruch durch, so wird, da ein Recht ja gar nicht in Frage steht, durch das Urteil natürlich nur die Verpflichtung des Beklagten zur Wiedereinräumung des Besitzes festgestellt. Wiedereinräumung des Besitzes ist aber dasselbe wie Herausgabe der Sache. Es genügt nun, auf den gewaltigen Unterschied zwischen Besitz und Eigentum hinzuweisen, um klar zu machen, dass bei der Eigentumsklage nicht dasselbe in Rechtskraft übergehen kann wie bei der Besitzklage.

---

[1] Hölder, Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 93 S. 23.

Ebenso wie die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache auf Grund unrechtmässig entzogenen Besitzes des Klägers (§ 861) von derjenigen auf Grund des Eigentümers verschieden ist, ist es auch die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache, die auf einem obligatorischen Rechtsverhältnis beruht. Ist der Beklagte beispielsweise auf Grund eines Leihvertrages zur Herausgabe der Sache verurteilt worden, so ist mit der Herausgabe gleichzeitig der Leihvertrag erfüllt. Falls nun der Beklagte die Sache nachher wieder wegnimmt, so handelt er dem Leihvertrage, der ja durch Erfüllung untergegangen ist, nicht zuwider. Es ist mithin ganz selbstverständlich, dass Kläger sich nicht auf sein bereits erlangtes Urteil stützen kann, sondern von neuem — jetzt vielleicht auf Grund eines Delikts — auf Herausgabe klagen muss. Etwas anderes ist es aber, wenn Beklagter, auf Grund des § 985 B. G. B. zur Herausgabe der Sache verurteilt, diese nach der Herausgabe wieder an sich nimmt. In einem solchen Falle erscheint es billig, dem Kläger die Berufung auf das bereits ergangene Urteil zu gestatten. Dies würde aber nicht angehen, wenn durch dieses nur die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe festgestellt worden wäre.

Nach alledem müssen wir wohl annehmen, dass bei der Eigentumsklage die Entscheidung über das Eigentum rechtskräftig wird[1].

2. Rechtskraft bei der Klage aus § 1007 B. G. B.

a. § 12. Wesen der Klage aus § 1007 B. G. B

Die Klage aus § 1007 B. G. B. wird gegeben dem früheren Besitzer einer beweglichen Sache gegen den jetzigen Besitzer; ausser auf den früheren Besitz muss sich Kläger noch entweder auf den bösen Glauben des Beklagten beim

[1] Dass der Tenor des Urteils gewöhnlich nur die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe bezw. die blosse Klageabweisung aussprechen wird, steht dem nicht entgegen, da das Urteil mit seinen Gründen als Ganzes aufzufassen ist, und die Frage darnach, was rechtskräftig wird, nicht davon abhängt, was im Tenor und was in den Gründen steht.

Erwerbe der Sache (Abs. 1) oder auf seinen eigenen unfreiwilligen Besitzverlust (Abs. 2) stützen. Ausgeschlossen ist der Anspruch, falls Kläger beim Erwerbe des Besitzes bösgläubig war oder den Besitz aufgegeben hatte. Ausserdem kann Beklagter seinerseits sich auf ein Recht zum Besitze dem Kläger gegenüber berufen (Abs. 3 in Vbdg. m. § 986), bei gutgläubigen Erwerb auch darauf, dass die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen ist oder dass er Eigentümer ist. Es ist als sicher anzunehmen, dass diese Einreden des gutgläubigen Besitzers Kläger seinerseits mit dem Nachweise eines Rechtes zum Besitze schlagen kann.

In der Klage aus § 1007 B. G. B. sehen wir „die rechte Erbin der deutschrechtlichen Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorener Gewere" vor uns[1]. Diese stand dem früheren Gewereinhaber nur bei unfreiwilligem Verlust zu. Ebenso ist die Klage aus § 1007 nur zur Wiedererlangung von unfreiwillig verlorenem Besitz bestimmt. Zwar gehört bei bösgläubigem Erwerb seitens des Beklagten (Abs. 1) der unfreiwillige Besitzverlust nicht zum Klagegrunde; der Beklagte kann aber Abweisung des Klägers dadurch erreichen, dass er nachweist, Kläger habe den Besitz freiwillig aufgegeben. Wie bei der Fahrnisklage schlägt auch bei der Klage aus § 1007 der Beklagte den Kläger durch den Nachweis eines besseren Besitzrechtes. Wenn er gutgläubig besitzt, kann er heute durch den Nachweis seines Eigentums oder seines eigenen unfreiwilligen Besitzverlustes (Abs. 2) den Beweis dafür, dass er trotzdem das schlechtere Besitzrecht habe, dem Kläger aufbürden[2].

Der Unterschied der heutigen Klage von der alten Fahrnisklage beruht hauptsächlich auf der Berücksichtigung des guten und bösen Glaubens, wie sie das deutsche Recht nicht kennt. Wie schon oben erwähnt, verschiebt heute der böse Glaube die Beweislage hinsichtlich des unfreiwilligen Besitzverlustes, ausserdem erreicht der Beklagte durch den

[1] Gierke, Fahrnisbes. S. 70ff.

[2] Ebenda, S. 70.

Nachweis, dass Kläger seinen Besitz bösgläubig erworben habe, seine Abweisung. Dieser Unterschied trifft aber nicht das innere Wesen der Klage, das mit dem der deutschen Fahrnisklage vollkommen übereinstimmt.

Daraus ergibt sich, dass wir es bei der Klage aus § 1007 B. G. B. nicht etwa mit einem possessorischen Rechtsmittel zu tun haben, wenn sie auch auf früheren Besitz gestützt wird. Der Streit dreht sich bei ihr um das Recht, nicht um den blossen Besitz. Aeusserlich ist dies im System des B. G. B. schon dadurch zum Ausdruck gebracht, dass diese Klage nicht unter den Besitzklagen behandelt ist, sondern im Anschluss an die Eigentumsklage. Allerdings wird nicht um ein bestimmtes Recht gestritten, vielmehr darum, wer von den Parteien besser berechtigt ist.

Unnötig ist es mit Landsberg[1] ein besonderes Recht zum Besitze zu konstruieren, das jedem früheren gutgläubigen Besitzer einer beweglichen Sache, der den Besitz nicht selbst aufgegeben hat, zustehen soll, und auf das er sich bei Anstellung der Klage stützt. Vielmehr ist in der Tat der frühere Besitz, ebenso wie bei der deutschen Fahrnisklage die frühere Gewere der Klagegrund. Wenn auch der Besitzesbegriff des B. G. B. nicht identisch ist mit dem Begriff der Gewere, so hat doch das B. G. B. dem Besitz eine Reihe von Funktionen übertragen, die der Gewere entlehnt sind. Hierher gehört vor allem die Vererblichkeit des Besitzes (§ 857), sowie die an den Besitz geknüpfte Eigentumsvermutung (§ 1006). So ist auch in § 1007 dem früheren unfreiwillig verlorenen Besitz ebenso wie der unfreiwillig verlorenen Gewere eine petitorische Klage gegeben.

In § 1007 finden wir eine Anwendung des deutschrechtlichen Publizitätsprinzips. Wie im deutschen Recht wird heute die Kundbarkeit des unfreiwilligen Besitzverlustes vermutet. Daher kann der Erwerber einer solchen Sache keinen Vertrauensschutz geniessen. Im Fall des bösgläubigen Erwerbes seitens des Beklagten braucht sich Kläger nicht einmal auf seinen unfreiwilligen Besitzverlust zu stützen;

[1] Landsberg, S. 685.

hier geniesst der Beklagte schon wegen seines bösen Glaubens keinen Vertrauensschutz[1]. Die Wahrscheinlichkeit des besseren Rechts liegt beim Kläger. Daher ist es billig, dem Beklagten den Beweis des besseren Rechts aufzuerlegen[2].

b. § 13. Rechtskraft bei Unterliegen des Beklagten.

Was wird nun bei der Klage aus § 1007 B. G. B. rechtskräftig festgestellt? Daraus, dass kein Recht des Klägers zum Klagegrunde gehört, schliessen eine Reihe von Schriftstellern (so Biermann[3], Buhl[4], Hellwig[5] u. a. m.), dass durch die Klage aus § 1007 auch nichts über das Recht des Klägers entschieden werde. Es sei gar nicht nötig, dass über ein Recht gestritten werde; wenn der Beklagte sich nicht mit einem solchen verteidige, sei von einem Streit über das Recht gar keine Rede. Und wenn der Beklagte sich mit einem Rechte verteidige, so sei dieses nur einredeweise geltend gemacht, nach § 322 Z. P. O. nähme aber die Entscheidung über Einreden — mit Ausnahme der Einrede der Aufrechnung — an der Rechtskraft nicht teil.

Dagegen ist aber zu sagen: Schon durch die Klageanstellung wird ein Recht zur Entscheidung gestellt. Der Kläger macht die Wahrscheinlichkeit des besseren Rechts auf seiner Seite geltend. Die ganze Verteidigung des Beklagten, mag er nun ein Recht geltend machen oder sich in anderer Weise verteidigen, geht darauf hinaus, diese Wahrscheinlichkeit des besseren Rechts auf Seiten des Klägers zu widerlegen. Ueber das einzelne einredeweise geltend gemachte Recht wird natürlich nicht entschieden, ob es besteht oder nicht, ebensowenig wie dies bei der Eigentumsklage der Fall ist, wenn Beklagter ein Recht zum Besitze geltend macht (§ 986), da dies in der Tat dem § 322 Z. P. O. entgegenlaufen würde. Vielmehr wird bei der Klage aus § 1007

[1] Wie wir oben gesehen haben, ist die Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes auch in diesem Falle nicht gleichgültig.

[2] Wellspacher, Vertr. S. 178.

[3] Biermann, S. 215; zu § 1007 Anm. 7.

[4] Buhl, S. 93ff.

[5] Hellwig, Rechtskr. S. 345.

nur über das bessere Recht des Klägers schlechthin eine rechtskräftige Entscheidung gefällt[1].

Es liegt auf der Hand, dass durch die Klage aus § 1007, die doch ganz verschieden ist von der Besitzentsetzungsklage (§ 861), nicht das Gleiche festgestellt werden kann wie durch diese. Die Abstammung der Klage von der deutschen Fahrnisklage spricht vielmehr dafür, dass über das Recht des Klägers etwas entschieden wird.

Lautet nun das Urteil auf Herausgabe der Sache, so steht rechtskräftig fest, dass Kläger besser berechtigt ist als der Beklagte. Die Wahrscheinlichkeit, die von vornherein für das bessere Recht des Klägers gesprochen hat, ist nicht widerlegt worden. Der Erfolg, den Kläger durch die rechtskräftige Feststellung seines besseren Rechtes gewonnen hat, ist der gleiche, den wir beim römischen Recht für den siegreichen Kläger bei der Publiciana gesehen haben. Vor allem wird durch das für den Kläger günstige Urteil bei der Klage aus früherem Besitz der Eigentumsklage präjudiziert, Beklagter, der die Sache mit dieser wieder herausverlangte, müsste denn beweisen, dass das Recht des Klägers erloschen ist. Damit ist nun keineswegs gesagt, dass das Eigentum des Klägers anerkannt und das des Beklagten aberkannt wäre. Z. B. könnte der Kläger, der nachträglich die Klage aus § 1004 B. G. B. (actio negatoria) gegen denselben Beklagten anstrengte, sich nicht etwa auf das vorhergehende Urteil berufen.

c. § 14. Rechtskraft bei Abweisung des Klägers.

Wird der Kläger mit der Klage aus dem früheren Besitz abgewiesen, so wird rechtskräftig festgestellt, dass dem Kläger

---

[1] Bemerkenswert ist folgender Fall: Beklagter ist gutgläubiger Besitzer gewesen und hat gemäss Abs 2 des § 1007 sein Eigentum eingewendet. Kläger hat dagegen repliziert, dass ihm ein Niessbrauchsrecht zustehe und ist auf Grund dessen mit der Klage durchgedrungen. Auch in diesem Falle, wo der Richter den Beklagten deshalb verurteilt, weil er ein Niessbrauchsrecht auf Seiten des Klägers angenommen hat, wird nicht etwa dieses festgestellt — da es replikweise geltend gemacht ist —, sondern nur allgemein das bessere Recht des Klägers.

gegen diesen Beklagten ein Anspruch aus § 1007 B. G. B. nicht zusteht.

Für die weitere Frage, wann in einem neuen Prozesse zwischen denselben Parteien eadem quaestio vorliegt, sodass der Kläger mit der exceptio rei iudicatae geschlagen werden kann, muss unterschieden werden, aus welchem Grunde die Abweisung erfolgt ist — ebenso wie wir es für das römische Recht getan haben. Geschah sie deshalb, weil Kläger gar nicht die Sache früher im Besitze hatte oder sie nicht unfreiwillig aus diesem verloren hatte, so steht es ihm frei, nunmehr mit der Eigentumsklage vorzugehen. Denn er kann sehr wohl Eigentümer der Sache sein, auch wenn er sie früher nicht besessen oder den Besitz freiwillig aufgegeben hat.

Wurde Kläger abgewiesen, weil Beklagter gar nicht Besitzer der Sache war, so kann er mit der Klage aus § 1007 von neuem oder mit der rei vindicatio klagen, sobald er nachweist, dass Beklagter nachträglich den Besitz erlangt hat.

Schliesslich kann die Abweisung auch deshalb erfolgen, weil Beklagter seinerseits ein Recht zum Besitze nachgewiesen hat. In diesem Falle wird nicht etwa das betreffende Recht des Beklagten rechtskräftig festgestellt, da es ja einredeweise geltend gemacht ist. Rechtskräftig wird aber die Feststellung, dass Kläger schlechter berechtigt ist als der Beklagte. Dasselbe ist der Fall, wenn Beklagter als gutgläubiger Besitzer Eigentum oder eigenen unfreiwilligen Besitzverlust nachgewiesen hatte (Abs. 2) und Kläger deshalb abgewiesen wurde, weil er kein besseres Recht dartun konnte. Kläger kann dann nicht mehr mit der rei vindicatio vorgehen, er müsste denn eine nachträgliche Veränderung der Rechtslage zu seinen Gunsten nachweisen.

Schluss.

Das Ergebnis ist darnach für die Klage aus § 1007 B. G. B. dasselbe wie für die actio Publiciana: durch das Urteil wird regelmässig der Eigentumsklage präjudiziert.

Trotzdem müssen wir aber daran festhalten, dass die Klage aus dem früheren Besitz auf ganz anderen Grundlagen beruht als die Publiciana. In der Klage aus § 1007 B. G. B. haben wir ein Spiegelbild der deutschrechtlichen Klage aus unfreiwillig verlorener Gewere vor uns, und die Abstammung von dieser ist es, die uns zeigte, dass bei ihr nicht etwa um den blossen Besitz, sondern um das Recht gestritten wird.

Lebenslauf.

Am 22. Dezember 1888 wurde ich, Constantin Larisch, als Sohn des Rechtsanwalts und Notars, jetzigen Justizrats Theodor Larisch und seiner Ehefrau Marie, geb. Illner, in Nicolai, Kreis Pless, geboren. Ich bin katholischer Konfession und preussischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Kgl. Gymnasium zu Pless, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Hierauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten zu Freiburg i. B., Leipzig, München und Breslau. Am 14. Oktober 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und am 26. November 1909 die mündliche Doktorprüfung.

Als Referendar war ich zunächst bei dem Kgl. Amtsgericht in Marklissa beschäftigt und bin seit Anfang August d. Js. dem Kgl. Landgericht in Gleiwitz überwiesen. Gegenwärtig genüge ich meiner militärischen Dienstpflicht bei dem Grenadier-Regiment Nr. 10 in Schweidnitz.